

タイトル	ドイツの契約締結上の過失による第三者の責任に関する考察
著者	大滝, 哲祐; OHTAKI, Tetsuhiro
引用	北海学園大学法学研究, 61(2): 1-31
発行日	2025-09-30

論 説

ドイツの契約締結上の 過失による第三者の責任に関する考察

大 滝 哲 祐

I. はじめに

1. わが国における契約締結上の過失の現状

債権法改正（「民法の一部を改正する法律（平成 29 年（2017 年）法律第 44 号）」により、原始的に不能な契約は、民法 412 条の 2 第 2 項・415 条 2 項 1 号により無効とならず、債務不履行を理由とする損害賠償の問題として、履行利益の賠償が可能となった。

改正前まで契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の問題として、原始的に不能な契約を締結した場合に損害賠償が認められるかが学説上争われてきた。従来の通説は、契約を無効としながらも損害賠償自体は認めていた¹。しかし、立法により「原始的に不能な契約は無効である」という原始的不能ドグマを否定して、損害賠償とその範囲を明文上明らかにした²。

¹ 従来の通説は、主に原始的に不能な契約を念頭に置いて、契約締結上の過失による責任は、信義則を理由とする契約上の責任（一種の債務不履行）であり、一般の不法行為よりも重い責任を課するのが一層適切である。この責任を認めるためには、①締結された契約の内容の全部又は一部が客観的に不能（原始的不能）であるために、その契約の全部又は一部が無効であること、②給付をなすべき者が、その不能なことを知り又は知ることができたこと、③相手方が善意・無過失であること、の 3 つの要件を満たす必要がある。効果は損害賠償であるが、その範囲は、相手方がその契約を有効であると信じたことによる損害（信頼利益）に限られ（目的物を検分に行った費用や代金の支払いのために融資を受けた利息など）、契約が履行されたならば受けたであろう利益（履行利益）は含まれないとしていた（目的物の利用や転売による利益など）（我妻榮『債権各論上巻（民法講義Ⅴ 1）』（岩波書店、1954 年）39～40 頁）。

² 原始的不能に関する債権法改正の経緯については、拙稿「債権法改正における原

この契約締結上の過失には、原始的不能のほか、①契約の準備交渉にとどまった場合、②契約は有効に成立したが、その交渉の段階で不正確な説明がなされたため、相手方が抱いた給付に対する期待が裏切られた場合（説明義務違反ないし情報提供義務違反）、③交渉段階での一方当事者の過失によって、相手方の身体・財産を侵害した場合、の3つの類型があるとされる³。①～②についても明文化が検討されたが最終的に見送られた⁴。

筆者は、かつて①の問題について、これまでの6つの最高裁の判例を分析して、(a) 先行行為＋信頼＋代償型、(b) 交渉成熟＋信頼裏切り（誤信惹起）型に分類した⁵。その中で次の2つの最高裁の判例について検討課題が残った。

①平成18年判決（最判平18・9・4判時1949号30頁）

下請業者Zが、施工業者Xとの間で下請契約を締結する前に、下請の仕事の準備作業を開始した場合において、施主Yが施工計画を中止したという事案で、「Zが本件建物のXとの間で本件建具の納入等の下請契約を確実に締結できるものと信頼して上記準備作業を開始したものであり、Yが上記のとおりの子見をし得たものとすれば、信義衡平の原則に照らし、Zの上記信頼には法的保護が与えられなければならない、YにZとの関係で本件建物のXを選定して請負契約の締結を図るべき法的義務があったとまでは認め難いとしても、上記信頼に基づく行為によってZが支出した費用を補てんするなどの代償的措置を講ずることなく

始的不能と損害賠償—今後の解釈の方向性」（法学研究（北海学園大学）55巻2号293頁以下（2019年））で検討している。

³ 本田純一『「契約締結上の過失」理論について』遠藤浩＝林良平＝水本浩〔監修〕『現代契約法体系 第1巻 現代契約の法理（1）』（有斐閣、1983年）193頁。

⁴ ただし、保証契約の履行における債権者の保証人に対する情報提供義務（民法458条の2（主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務）、民法458条の3（主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務））と、事業に係る債務についての保証契約の締結の委託者の保証人に対する情報提供義務（465条の10（契約締結時の情報の提供義務））の規定が新設された。

⁵ ①②の判例の他に、③最判昭56・1・27民集35巻1号35頁、④最判昭58・4・19判時1082号47頁、⑤最判昭59・9・18判時1137号51頁、⑥最判平2・7・5民集160号187頁、を分析した。

Y が将来の収支に不安定な要因があることを理由として本件建物の建築計画を中止することは、Z の上記信頼を不当に損なうものというべきであり、Y は、これにより生じた Z の損害について不法行為による賠償責任を免れない。」と判示した。

②平成 19 年判決（最判平 19・2・27 判時 1964 号 45 頁）⁶

X が Y の意向を受けて開発、製造したゲーム機を順次 X から Z、Z から Y に継続的に販売する旨の契約が、締結の直前に Y が突然ゲーム機の改良要求をしたことによって締結に至らなかったという事案で、「Z は、…Y から本件商品の具体的な発注を受けていない以上、最終的に X と Y との間の契約が締結に至らない可能性が相当程度あるにもかかわらず、…X に対し、本件基本契約又は四社契約が締結されることについて過大な期待を抱かせ、本件商品の開発、製造をさせたことは否定できない。上記事実関係の下においては、X も、Z も、最終的に契約の締結に至らない可能性があることは、当然に予測しておくべきことであったということはできるが、Z の上記各行為の内容によれば、これによって X が本件商品の開発、製造にまで至ったのは無理からぬことであったというべきであり、Z としては、それによって X が本件商品の開発、製造にまで至ることを十分認識しながら上記各行為に及んだというべきである。したがって、Z には、X に対する関係で、契約準備段階における信義則上の注意義務違反があり、Z は、これにより X に生じた損害を賠償すべき責任を負うというべきである。」と判示した。

これら 2 つの判例は、分析により、①の判例を (a)、②の判例を (b) に分類した。分類自体は現在も変更する必要はないと考えているが、両判例は第三者が関与する事案であり、①の Z は下請人であり、②の Z は仲介者であり、契約交渉が打ち切られることなく成就する場合であっても、直接の当事者にはならなかったのである（もっとも、②の Z は、後に A を加えた四社契約の当事者となる可能性はあった）。すなわち、Z

⁶ この事案については、拙稿「X の開発、製造したゲーム機を順次 X から Y、Y から A に販売する旨の契約が締結に至らなかった場合において Y が X に対して契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任を負うとされた事例」法学研究（北海学園大学）44 巻 2 号 191 頁以下（2008 年）で検討した。

が契約交渉の打ち切りの第三者として相手方に責任追及が認められるか、または、責任を負うのが問題となったのである。この問題が検討課題として残ったのである。

2. ドイツの現状

この検討課題について、ドイツは、2001年に公布され2002年に施行されたドイツ債務法現代化法（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht）による改正によって、判例・学説上認められてきた契約締結上の過失を、ドイツ民法311a条（原始的不能）、ドイツ民法311条2項（契約交渉、説明義務・情報提供義務）として明文化した。さらに、ドイツ民法311条3項では、2項の場合において自らが契約当事者とならない第三者の責任を定めた。この第三者の責任は、1の残った検討課題について、明文の規定によって対応している。

3. 検討およびその方法

このような両国の現状から、ドイツ民法311条2項・3項の内容を把握することにより、残された検討課題、すなわち、わが国の契約締結上の過失における第三者の責任問題の解釈に示唆になりうるものがあるのではないかと。本稿では、現行のドイツ民法311条2項・3項における契約締結上の過失の内容を整理した上で、わが国における第三者の責任問題に示唆となりうるものを探ることにしたい。

なお、ドイツ民法311条2項が定める契約交渉および説明義務・情報提供義務は、現在ではそれぞれ大きな分野となっているため、本稿では、ドイツ民法311条3項に関連する範囲で言及するにとどまることをあらかじめお断りしておく⁷。また、ドイツ民法典（旧ドイツ民法典およびド

⁷ わが国の債権法改正の経緯における契約締結上の過失の議論に関しては、契約交渉の打ち切り（不当破棄）について、拙稿「債権法改正と契約交渉の不当破棄—到達点と今後の課題」（法学研究（北海学園大学）54巻3号95頁以下（2018年））、ドイツについて、拙稿「ドイツにおける契約締結上の過失に関する考察—契約交渉の打ち切りを中心に—」（横浜法学28巻3号289頁（2019年））で検討した。そして、契約締結過程における説明義務・情報提供義務については、拙稿「債権法改正と契約締結過程における説明義務」（法学研究（北海学園大学）56巻3号233頁以下（2020

イッ商法典を含む)の条文については、検討の中心となるドイツ民法 311 条を除き、文末の条文資料としてまとめたので参照されたい。

Ⅱ. ドイツにおける契約締結上の過失 (ドイツ民法 311 条 2 項・3 項)

1. ドイツ民法 311 条 2 項・3 項の概要

- (1) ドイツにおける契約締結上の過失 (ドイツ民法 311 条 2 項・3 項) の一般的理解
ドイツ民法 311 条は次の通りである。

ドイツ民法 311 条 法律行為又は法律行為に類する行為による債務関係
(1) 法律行為による債務関係の創設又は債務関係の変更には、法律が別段の定めをしていない限り、当事者間の契約を要する。
(2) 第 241 条第 2 項の規定による義務を伴う債務関係は、次に掲げる行為のいずれかによっても発生する。
1. 契約交渉の開始
2. 当事者の一方が、何らかの法律行為上の関係で、相手方に対して自己の権利、法益及び利益に対して影響を及ぼす可能性を与え、又は相手方に対してこれらを委託する契約の着手
3. 同様の取引上の接触
(3) 第 241 条第 2 項の規定による義務を伴う債務関係は、自ら契約当事者とならない者に対しても発生することが可能である。特に、第三者が、特別な程度に自己に対する信頼を要求し、それによって契約交渉又は契約締結が著しく影響を受ける場合には、かかる債務関係が発生する。

まず、ドイツにおいて、契約締結上の過失の条文であるドイツ民法 311 条 2 項・3 項が一般的にどのように理解されているかについて、ドイツ民法典の教科書 (Lehrbuch) を用いて概略を述べる⁸。

年))で検討した。

⁸ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 49. Auflage 2025. §

事例 a: V から自動車を購入したい K は、見学した自動車に試乗した。V の過責 (Verschulden) により、途中の寂れた場所で自動車が故障した。K はタクシーで帰らねばならず、高額の運賃を支払わなければならない。V に対する賠償請求は可能か？

事例 b: ホームレスの K は、V のデパートに暖まりに行く。そこで、V の従業員が適切に固定できなかった棚の落下により、K は軽傷を負った。K は V に損害賠償を請求した。

事例 c: K は未成年の子供 M を連れてデパートに行き、そこで「物色」する。K は不適切に清掃された床で滑って怪我をした。V は損害賠償を支払わなければならないか？ M が滑って怪我をした場合、どのような法的状況になるのか？

事例 d: V は鑑定人 (Sachverständige) D に自身の不動産の評価を依頼する。D の評価は、評価額が高すぎるという過失 (Fahrlässigkeit) に基づいている。これにより、K は不利な購入をするように誘導される。K の権利は？

事例 e: K の代理人として V は、所有者 E と E の不動産の売買について交渉する。V は、K との事前契約に基づき、その価格で K 自身から不動産を購入したいため、虚偽の情報により E に時価を下回る価格で売却させた。

①事例 a：試乗中の自動車の故障とタクシー代の損害

この事案では、自動車の売買交渉中に試乗が行われたが、V の整備不備により K は途中で自動車を乗り捨てることとなり、高額のタクシー代を負担することになった。契約は未締結であったため、ドイツ民法 823 条以下の不法行為法に基づく絶対権の侵害とはいえず、契約責任にも基づかないことになる。

もっとも、契約交渉が開始されていたことから、ドイツ民法 311 条 2 項 1 号により契約前の債務関係が成立しており、これに伴う顧慮義務 (保護・付随義務) (ドイツ民法 241 条 2 項) の違反として損害賠償請求が肯定されうる (ドイツ民法 280 条 1 項)⁹。

5. Entstehung von vorvertraglichen Schuldverhältnissen, S. 73 ff.

⁹ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (脚注 8), Rn. 2, 5.

ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、契約が成立しなくとも契約交渉開始後に提供された誤った情報に基づく信頼によって生じた損害について、契約締結上の過失に基づく損害賠償を肯定している（BGH NJW 1986, 1051）。また、契約締結前の段階において一方当事者が他方に重大な経済的リスクを取らせるような誤信を招いた場合、信義則に基づく注意義務違反が成立するとして、契約が成立していなくとも顧慮義務（保護・付随義務）違反を根拠とした損害賠償責任を肯定している（BGH NJW 2017, 3586）。

②事例 b：取引の意思がないホームレスがデパートで負傷

ホームレスの K が暖を取るために V のデパートに立ち寄り、棚の落下により負傷した本件では、K において V との間に取引意思が存在しないため、ドイツ民法 311 条 2 項 2 号による契約の着手とはいえず、契約前の債務関係は成立しない¹⁰。

このような場合、責任の有無は不法行為（ドイツ民法 823 条・831 条）により、判断されることになる。ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、拘束力ある好意的行為（verpflichtende Gefälligkeitshandlungen）として、日常的・社交的な好意は通常、法的拘束力を生じさせないが、企業間の取引や経済的価値のある好意的行為は、信義則（旧ドイツ民法 242 条）によって法的責任を生じさせることがあると判示している（BGH NJW 1956, 1313）。

③事例 c：契約交渉中に K が転倒し、同行する子 M が怪我

親 K が子 M を伴ってデパートに入店し、K が不適切な床清掃により転倒し、M が怪我を負った事案においては、K と V の間に取引類似の接触（ドイツ民法 311 条 2 項 3 号）があると認められ、契約締結前の債務関係が成立する¹¹。

この債務関係において、同行者の子である第三者（M）にも契約上の保護義務が拡張されるかが問題となるが、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）は、契約当事者の家族や近親者といった一定の範囲に属する第三者も、契約の保護義務が及ぶことを認めているものや（BGH NJW 1959, 1676）、母親とともにセルフサービス店に買物に来ていた 14 歳の少女（以下「M」）が、店内で床に落ちていた野菜片につまずき負傷した事案で、M

¹⁰ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker（脚注 8），Rn. 6, 7.

¹¹ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker（脚注 8），Rn. 7, 13.

は店舗の安全配慮義務違反に加え、母親との契約交渉における契約締結上の過失による保護義務を根拠に、さらに契約の保護効が第三者である M にも及ぶことを認めたものがある (BGH NJW 1976, 712)。

ところで、ドイツ民法 328 条は「第三者のための保護効を伴う契約 (Verträge mit Schutzwirkung für Dritte)」を規定し、契約当事者以外でも契約から直接利益を受ける第三者の権利を認める。事例 c の M は契約の直接当事者でないものの、契約の利益を受ける第三者としての位置付けが可能であり、この点でドイツ民法 328 条の規定と関連する。つまり、契約前の債務関係に基づく顧慮義務 (保護・付随義務) 違反による第三者への責任 (ドイツ民法 311 条 3 項) と契約に基づく利益を受ける第三者の権利 (ドイツ民法 328 条) が重なり合い、M の保護が強化される構図となる。

④事例 d：鑑定人 D による不正確な鑑定と第三者 K への損害

D が V の依頼に基づいて不動産の評価を行い、その評価を信頼した K が高値で不動産を購入して損害を受けた事案においては、K と D の間に契約関係は存在しない。

しかし、D が K の判断に実質的な影響を与える情報を提供した立場にある以上、代弁人の責任 (Sachwalterhaftung)¹² に基づく契約前の債務関係が認められ得る (ドイツ民法 311 条 3 項 2 文)¹³。

この点に関して、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) は、鑑定人が契約当事者以外の第三者に誤った情報を提供し、それに依拠して損害が生じた場合に契約締結上の過失による責任を肯定した (BGH NJW 2004, 3752)¹⁴。

⑤事例 e：代理人 V が自己の利益のために虚偽の説明を行う

V が K の代理人として E と不動産売買の交渉を行う過程で、自らが

¹² 「Sachwalter」とは、代弁人、弁護人、管財人や代理人など多義的な意味を有するが (例としては、不動産鑑定士、税理士、コンサルタントなどである)、抽象的には、ある他者 (特に第三者) の利益を代表・保護する立場にある者を指す。ここでは、そのような意味を有するものとして「代弁人」という訳語を使用する。そして、「Sachwalterhaftung」は、契約当事者ではない第三者が、特別な信頼を受けて契約交渉に関与した場合に負う責任という意味で「代弁人の責任」という訳語を使用する。

¹³ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (脚注 8), Rn. 11.

¹⁴ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (脚注 8), Rn. 11.

その不動産を取得する意図のもとで E に虚偽の説明を行った事案では、V が交渉相手の代理人にすぎないとしても、自己の経済的利益のために行動していた点に照らし、ドイツ民法 311 条 3 項 1 文に基づく第三者責任が肯定されうる¹⁵。

この点、ドイツ連邦通常裁判所は、一般的に代理人の交渉上の過責 (Verhandlungsverschulden) による責任は本人が負うが、例外的に、代理人が、交渉相手から特別の個人的信頼を受けた場合、交渉対象に対し自己の経済的利益を直接追求した場合には個人責任を負うと判示したものがあ (BGH NJW 1996, 586)¹⁶。

以上の通り、契約締結上の過失に基づく損害賠償責任は、契約が成立していない段階においても、信義誠実の原則 (ドイツ民法 241 条 2 項) に基づく顧慮義務 (保護・付随義務) 違反を根拠に認められることが判例上確立されている。特に、第三者の責任や保護範囲の拡張については、ドイツ民法 311 条 3 項の適用と判例による補完的構成が重要な役割を果たしているといえる。

以下の図は、事例 a～e について、各事例の債務関係、法的性質、判例、責任の根拠を整理したものである。

事例	契約関係の類型	債務関係	法的性質	主な判例	責任根拠の内容
a (試乗)	契約交渉	ドイツ民法 311 条 2 項 1 号 (契約交渉)	顧慮義務 (保護・付随義務) 違反 (ドイツ民法 241 条 2 項) → ドイツ民法 280 条 1 項	BGH NJW 1986, 1051, BGH NJW 2017, 3586	契約が成立していない交渉開始で顧慮義務 (保護・付随義務) が生じ、V は損害賠償責任を負う

¹⁵ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (脚注 8), Rn. 12.

¹⁶ 被告 (有限責任会社 (GmbH)) とその代表取締役兼唯一の株主である被告らが、貸主側の代表 (原告) に対し賃貸店舗の賃貸契約締結に関し支払われた代金の返還および損害賠償責任を負うかが争われた事案で、原審では有限責任会社のみならずの代表取締役の被告らにも交渉上の過責による個人責任を認めたが、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) は株主・代表取締役の地位だけでは自己の経済的利益を根拠にした交渉上の過責責任は認められないと判示した。

b (ホームレス)	無関係の訪問	(該当しない)	不法行為責任 (ドイツ民法 823 条・ドイツ民法 831 条)	BGH NJW 1956, 1313	取引意思がないため契約前の債務関係は成立せず、不法行為の枠組みで判断
c (子の負傷)	取引類似の接触	ドイツ民法 311 条 2 項 3 号 + ドイツ民法 311 条 3 項 (第三者)、または、ドイツ民法 328 条	第三者のための保護効を伴う契約 (Verträge mit Schutzwirkung für Dritte)	BGH NJW 1959, 1676, BGH NJW 1976, 712	親との関係から第三者 (M) にも保護義務が及ぶため、損害賠償請求可能
d (鑑定人による鑑定)	契約外の影響者	ドイツ民法 311 条 3 項 2 文 (代弁人 (Sachwalter))	代弁人の責任 (Sachwalterhaftung) = 顧慮義務 (保護・付随義務) 違反 → ドイツ民法 280 条 1 項	BGH NJW 2004, 3752	D は信頼を誘導した者として K に責任を負い、契約当事者でなくとも債務関係成立
e (自己利益の代理人)	自己利益を有する第三者	ドイツ民法 311 条 3 項 1 文	特別な信頼なしでも自己利益ある関与により責任発生	BGH NJW 1996, 586	V は K の代理人であるが、自己の利益のために行動していたため E に対し責任を負う

(2) ドイツ民法 311 条 2 項の概要・要件・効果¹⁷

ここでは、ドイツ民法 311 条 3 項の概要・要件・効果について簡略に確認した上で、2 のドイツ民法 311 条 3 項の内容に移る¹⁸。

¹⁷ (2) および 2 の内容は、主に Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, 9. Auflage 2022, § 311 の内容をまとめている。

¹⁸ (2) の内容は、拙稿「ドイツにおける契約締結上の過失に関する考察—契約交渉の打ち切りを中心に—」および拙稿「債権法改正と契約締結過程における説明義務」

(i) 概要

ドイツ民法 311 条 2 項は、契約交渉の開始 (1 号)、契約の準備 (2 号)、法律行為類似の接触 (3 号) を通じて、契約当事者間に法定債務関係を生じさせ、その中でドイツ民法 241 条 2 項に基づく顧慮義務 (Rücksichtnahmepflichten) が発生することを規定している。またドイツ民法 311 条 3 項は、この法定債務関係が当事者以外の第三者にも及ぶ可能性を明示している¹⁹。

この規定の基礎にあるのは、イエーリング (Jhering) の契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の理論である。彼は 1861 年の論文において、錯誤や無権代理、虚偽表示などにより契約が無効または不成立となった場合においても、相手方に生じた信頼損害 (Vertrauensschaden) を賠償すべきと主張した²⁰。この考えは、後に判例と学説により契約締結過程における責任として整備されていった。ライヒ裁判所 (RG) は、最初に後続の契約の一種の先行効果で切り抜けたが²¹、その後、契約締結上の過失による責任は一貫して、契約交渉の単なる着手によって既に確立

(脚注 7) で言及していることから、これらを基にまとめている。

¹⁹ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 37.

²⁰ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 38. イェーリングは、契約が無効・不成立であっても、契約交渉段階での信義則違反により損害を被った者は、加害者に対し損害賠償請求できると主張した。彼は契約責任や不法行為責任では救済できない領域に着目し、「第三の責任領域」として契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) を理論化した (Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Band 4, 1861, S. 1 ff.)。

²¹ ライヒ裁判所 (RG) の判例 (RGZ 78 239) は、リノリウム絨毯の販売に应对した売主は、原告が指定した絨毯を持って来たが、絨毯が倒れて原告とその子供が転倒し怪我をさせてしまったが、売買契約は成立していなかったという事案で、「売主と買主が提示され検査されたときに支払義務を負うため、契約のような性格を有する当事者間の法的関係の購入の準備は契約上の義務を生じさせ、他方当事者の健康と財産に対する十分な注意を払わなければならない」と判示した。また、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) にも類似の判例 (BGH LM Nr. 13 zu § 276 [Fa] = NJW 62 31) があり、デパートの顧客が、床に横たわっているバナナの皮に滑り転倒したという事案で、契約を結ぶことを目的としてデパートが支配する領域に入る人は誰でも、「彼がデパートに入った瞬間から彼個人の安全を契約上保護される権利」を有すると判示した。

された「法定」債務関係に基づいており、取引の相手方に対する通常の注意義務となった²²。以降、ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) も契約交渉過程における信義則違反に基づく損害賠償責任を認めるようになった。

責任の構成は一元的ではなく、「信頼保護」「取引の安全」「弱者保護」といった多元的観点に基づく。バーラーステッド (Ballerstedt) やカナリス (Canaris) も、信頼保護ないし特別な信頼関係から契約締結上の過失を基礎付けていた²³。

(ii) 要件

契約締結上の過失責任の前提として、以下の要件を満たす必要がある。

²² Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 40.

²³ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 42, 43. バーラーステッドは、代理人による契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) 責任を、ドイツ民法 179 条 (無権代理人の責任)、ドイツ民法 164 条 (代理人の意思表示の効力)、ドイツ民法 278 条 (第三者に対する債務者の責任) など既存法規と「信頼付与」原則を統合して再構築した。交渉準備段階で発生する義務違反は「相手方が付与する信頼」を根拠とし、この信頼を誰が実質的に担うかで責任主体を三類型に区分する。(I) 会社・組織内部の役員・従業員などは本人単独責任、(II) 経済的に独立した専門家代理 (弁護士・ブローカー等) は原則代理人単独責任——ただし専門的知見や保証の説明が加わると本人の連帯責任も成立、(III) 親権者・破産管財人・執行者など法定代理は代理人単独責任が原則、という点が特徴である (Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951), S. 501 ff.)。

カナリスは、過失責任の構造を支える三要素の一つとして「特別関係 (Sonderverbindung)」を挙げ、契約・契約類似の結合関係がある当事者間で、一般の無過失責任とは別に、契約や信頼関係などによって保護義務が強化され、社会的・倫理的最小限度を超えた強い保護義務を生じさせるという考え方であり、例えば、契約締結前の契約締結上の過失は交渉相手への説明義務・情報提供義務がこれに該当し、また、特別関係 (Sonderverbindung) は自動車整備士や取引斡旋業者、証券引受業者など多様な法定義務へ応用可能で、第三者への保護効 (目論見書責任 (Prospekthaftung) や仲介者の責任 (Maklerhaftung)) をも包含するという (Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten (IN: CANARIS/DIEDERICHSEN (HRSG.), FESTSCHRIFT FÜR KARL LARENZ ZUM 80. GEBURTSTAG, 1983, S. 27-110), CLAUD-WILHELM CANARIS Gesammelte Schriften S. 950-954)。

- ①ドイツ民法 311 条 2 項各号のいずれかに該当する法的な接触（契約交渉の開始（1号）、契約の準備（2号）、法律行為類似の接触（3号））があること
- ②それに伴い発生する顧慮義務（保護・付随義務）（ドイツ民法 241 条 2 項）の存在
- ③顧慮義務（保護・付随義務）違反による損害の発生
- ④顧慮義務違反と損害との間の因果関係
- ⑤債務者側の過失（ドイツ民法 276 条）

①契約交渉の開始（2 項 1 号）の要件は、当事者間で交渉の意思が相互に存在することが必要である。パンフレット配布のような一方的行為では足りない²⁴。

②契約の準備（2 号）の要件は、取引所や営業所への訪問、申込書の提出、事前協議などが該当する。同行者（例：子供）にも義務は及ぶ²⁵。

③法律行為類似の接触（3 号）の要件は、銀行の信用照会などが典型とされる²⁶。

（iii）顧慮義務の内容

説明義務・情報提供義務、注意義務、忠実義務など多様な形態を取り、相手方の権利・法益・経済的自由を不当に害しないよう配慮する義務を意味する²⁷。特に投資取引においては、説明義務・情報提供義務違反と損害の因果関係について推定が働くという²⁸。

（iv）効果

（ア）損害賠償

原則として信頼利益の賠償が認められ、例外的に履行利益が請求される²⁹。因果関係が必要であり、説明義務・情報提供義務違反等がなけ

²⁴ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 45.

²⁵ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 48.

²⁶ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 50, 51.

²⁷ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 52, 62.

²⁸ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 228-231.

²⁹ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 219-221. 損害を被った当事者は、適切に知らされていれば、相手方または第三者との間で、実際に締結された契約よりも自

れば契約を締結しなかったと合理的にいえるかが問われ、また、ドイツ民法 280 条 1 項、ドイツ民法 249 条～254 条に従って損害が算定され、債務者には過失が推定される³⁰。

なお、契約締結上の過失は、不法行為（ドイツ民法 823 条以下）とは別の制度として構成され、取引関係における信頼保護の観点から独自の意義を有している。

（v）小括

契約締結上の過失制度は、契約の自由、契約締結過程における信義則の貫徹を目的として、学説・判例によって展開されてきた。イェーリングの理論から出発し、今日では投資家保護や公共契約、入札における責任などにも拡張されている。バーラーステッドやカナリスの特別な信頼論はいずれも、契約交渉段階における法的責任の正当化根拠を提供しており、責任法理として現在も意義を有している。

2. ドイツ民法 311 条 3 項における第三者責任の構造

（1）規定の趣旨と構造

契約は本来、当事者間においてのみ法的効力を持つという相対性（Relativität）の原則に基づく（ドイツ民法 311 条 1 項 1 文参照）。この原則の下では、契約当事者以外の第三者が契約責任を問われることはない。しかし、2002 年のドイツ債務法の現代化により導入されたドイツ民法 311 条 3 項は、この相対性の原則に修正を加え、一定の場合においては契約当事者でない第三者にも、ドイツ民法 241 条 2 項に基づく「信義則上の顧慮義務（保護・付随義務）」が認められる可能性を明文化することにより、従来判例上認められていた代理人や代弁人の個人責任を明文

分に有利な契約を締結することができたはずであり、その損害は、仮に締結された他の契約によって逸失利益からなる（ドイツ民法 252 条）と考えることもでき、判例は、多くの場合、損害を算定する異なる方法のいずれかを選択する権利を当事者に与えているが、要件として、適切な情報があれば、契約は実際には別の方法で締結され、その方が自分にとって有利であったであろうこと、および、個々の事案において覆すに足る異なる評価が存在しないことを証明することに成功することが必要であるという点で、立証の容易化の恩恵は受けられないという（Rn. 234）。

³⁰ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 223, 229.

で認めたものである³¹。特にドイツ民法 311 条 3 項 2 文は、自身が契約当事者となる意思がないにもかかわらず、特別な信頼を惹起し、契約交渉に重大な影響を及ぼした者に対して責任を認めるというものであり、代弁人の責任の法的根拠とも位置付けられる³²。

(2) 判例と立法経緯

このドイツ民法 311 条 3 項の立法的背景には、1991 年のドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の判例 (BGH NJW-RR 1991, 1241³³) において、代理人が第三者責任を負う要件として、単なる信頼ではならず、取引の重大性と履行について「保証的発言」が必要であるとされた。つまり、第三者が信義則上の義務を負うには、信頼を惹起しただけでなく、それが意思決定に影響を与えるほどの「追加的保証」を伴うことが要件となる³⁴。

³¹ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 206, 207.

³² Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 206, 213

³³ ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) は、建築会社である被告が原告と建設契約の交渉を行ったが、実際には自社ではなく他の会社に契約を締結させる意図であったにもかかわらず、その旨を明示しなかったところ、原告は、被告が契約当事者であると信じて交渉を進め、準備費用などの支出を行ったが、最終的に契約は成立せず、損害を被ったという事案で、被告が自己が契約当事者であるとの外観を作出しながら、その地位にないことを明らかにしなかった点に信義則 (旧ドイツ民法 242 条) 違反があるとし、契約締結上の過失による責任を肯定した。

³⁴ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 207. この点、コッホ (Koch) は、従来ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) が専門家 (銀行や弁護士、公認会計士など) の誤った情報提供を黙示的な情報提供契約や第三者保護契約という擬制で救済してきた問題点を批判し、2002 年のドイツ債務法現代化法におけるドイツ民法 311 条 3 項により、契約当事者外にも契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) による責任が明文文化され、「代弁人 (Sachwalter)」と位置づけられる専門家が客観性・中立性への信頼を惹起し、それが契約締結を左右した場合に責任を負うことが立法資料で示され、情報提供責任をドイツ民法 311 条 3 項に基づく「信頼の付与 (Vertrauensinanspruchnahme)」と捉え、要件を、(1) 専門性・中立性への信頼を強く要請し、受領者の自己の保護義務の放棄を促したこと、(2) 通常の交渉信頼を超えた個人としての保証 (Gewähr) を引き受けたこと、(3) 交渉関係で行われたこと、(4) 専門的地位や個人信頼に基づく事前の信頼の源泉があったこと、(5) その信頼が意思決定に因果的影響を与えたこと、と整理して、契約の擬制を廃し、ドイツ民法 311 条 3 項における信頼を法的責任の明確な根拠として要件を精緻化する必要性を強調している (Jens Koch, § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrecht-

(3) 代表的類型

以下では、判例および学説において 311 条 3 項に基づく第三者責任が認められてきた代表的類型を整理する³⁵。

①自己の利益のための委託事務管理人 (Prokurator in rem suam)

この類型は、第三者が契約に対して直接的かつ強い経済的利害関係を有する場合である。経済的実質において「準当事者 (Quasi-Partei)」とされ、責任が肯定されうる³⁶。典型例として、有限責任会社 (GmbH) の重要な株式を保有する代表取締役が挙げられるが、この責任は後に限定的に解されるようになり、責任の認定には「保証的発言」や「特別な信頼の利用」が求められるという³⁷。

②代弁人の責任 (Sachwalterhaftung)

特別な信頼を形成し、その信頼性や専門知識により、契約当事者の意思決定に影響を与えた者も責任を負う場合がある。中古車販売業者や、弁護士がデューデリジェンス (Due Diligence) (投資対象となる企業や投資先の価値やリスクなどを調査すること) の意見書を提出する場合などが典型であり、情報提供者・代弁人としての行動が、実質的に「契約履行の保証」を意味する状況にあたる³⁸。

lichen Auskunftshaftung, AcP 204 (2004) S.59 ff.)。

³⁵ 代理に関しては、言及された人物の個人責任の必要な前提要件ではなく、むしろ、問題の人物が交渉に決定的な影響力を及ぼすだけであれば、代理権なしでも個人責任を考慮することができ、この場合、代理人またはその他の交渉補助者 (Verhandlungsgehilfen) の責任は、代理人の責任に加え、両者とも連帯債務者として責任を負うが、第三者の責任は、原則として、実際の本人の責任より大きくはなく、本人がその責任を効果的に排除または制限していた場合、代理人の責任は同じ程度には適用されないという (Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 208)

³⁶ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 209.

³⁷ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 211. ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の判例に、代表取締役の個人責任に関して、代表取締役が私財を担保提供しただけでは、会社債務に対する個人責任を問えず、さらに、会社のために特段の信頼獲得や自己利益追求といった追加事情がない限り免責されると判示したものがある (BGH NJW 1994, 2220)。

³⁸ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 212, 213. ドイツ債務法現代化法案の委員会報告において、デューデリジェンスの文脈は、買収や投資契約の際に専門家が

③専門家の責任 (Berufshaftung)

特に弁護士・税理士・監査人等が契約当事者以外の第三者に対して情報提供・意見の陳述を行い、その信頼により意思決定がなされた場合には、311 条 3 項 2 文に基づく責任が議論される。もっとも、判例上は、ドイツ民法 328 条の第三者の保護効を伴う契約が依然として優先されており、311 条 3 項の直接適用は例外的である³⁹。監査人の責任については、ドイツ商法 323 条 1 項 3 文が適用され、第三者責任を制限する解釈が支配的であったが、Wirecard 事件を契機に見直しが進行中であるという⁴⁰。

提供する情報や評価が、取引相手の信頼の基盤となるため、重大な情報の見落としや虚偽の説明があった場合、信義則（ドイツ民法 241 条 2 項）に反するものとして、専門家が契約準備段階において契約締結上の過失による責任を問われることがあるが、すべての関与者に無差別に責任を課すのではなく、信頼の作出とその侵害という要件を慎重に考慮すべきという意見であった（Ausschussbericht, BT-Drs. 14/7052, 190 li. Sp.）。

³⁹ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 217. ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) は、不動産評価に関する鑑定依頼に基づく契約に第三者のための保護効が認められるか否かについて、鑑定人が依頼者のために作成した不動産評価書が、資金調達目的で不特定多数の投資家に提示されていたという事案で、鑑定人がその利用目的を認識していたか、少なくとも認識すべきであった場合には、投資家が契約の保護範囲に含まれる可能性があるとしたものがある (BGHZ 159, 1 = NJW 2004, 335)。

⁴⁰ Münchener Kommentar (脚注 17), Rn. 218. Wirecard 事件 (2020 年) は、ドイツのフィンテック企業 Wirecard が約 18 億ユーロにのぼる「架空資産」を長年にわたって計上していたという深刻な粉飾会計事件であり、会計監査人がこれを見逃していたことから、監査制度への国際的な批判を招いた。虚偽の会計情報に基づいて多くの投資家が損害を被ったことから、監査人が投資家等第三者に対して責任を負うか否かが法的な争点となった。

しかし、ドイツ商法 (HGB) 323 条 1 項 3 文は、監査報告書が「第三者に向けられたものではない」ことを明記しており、従来、監査人の第三者責任を否定する立法構造となっていた。この点に対し批判が集中したが、立法上の対応として 2021 年 6 月に制定された「金融市場の健全性を強化する法律 (FISG)」は、主に監査体制や監督機関 (BaFin) に関する制度改革を中心とし、監査人の民事責任について明確な法改正は行われなかった。そのため、今後も監査人の第三者責任については、ドイツ民法 311 条 3 項やドイツ民法 328 条との関係で解釈論に委ねられる状況が続くと考えられる (BT-Drs. 19/26966, S. 1 ff., Jungmann, Christoph, Die Lehren aus dem Wirecard-Skandal - Ein Reformprogramm zur Neuordnung der Bilanzkontrolle in Deutschland, ZIP 2020, 1317 ff.)。

(4) 小括

ドイツ民法 311 条 3 項は、契約当事者の信託保護を第三者にまで拡張するものであり、契約法における信義則の制度的機能を一段と高める規定である。他方で、他の責任制度との重複や競合（ドイツ民法 328 条・823 条等）を整理することが理論的・実務的課題であり、特に専門家責任における責任根拠の明確化と、濫用防止とのバランスが今後も重要な争点として残ると考えられる。

なお、他の責任制度の違いは図示したものは次のとおりである。

規定	概要	対象	相違点
ドイツ民法 311 条 3 項	信義則による契約責任	契約当事者でない交渉者等	特別信託・保証的行為が要件
ドイツ民法 328 条	契約による第三者保護	第三者（例：家族、家具所有者）	契約内容自体が第三者を保護
ドイツ民法 823 条 2 項・826 条	不法行為責任	権利侵害・故意・良俗違反	より厳格な要件、明確な加害行為が必要

Ⅲ 考察

1. わが国およびドイツの契約締結上の過失における第三者の責任の構造と限界

平成 29 年（2017 年）のわが国の債権法改正は、原始的に不能な契約にも履行利益の損害賠償を認める条文（民法 412 条の 2 第 2 項・415 条 2 項 1 号）を新設し、「原始的に不能な契約は無効である」という原始的不能のドグマを否定した。一方で、契約交渉の打ち切りおよび説明義務・情報提供義務は明文化されず、従来通り、信義則（民法 1 条 2 項）または不法行為（民法 709 条以下）の解釈および適用に委ねられている。その結果、契約交渉の打ち切りや説明義務・情報提供義務違反をめぐる救済は、学説・判例の帰趨に左右される構造が依然として継続しており、制度的な明確性・一貫性を未だに欠いている状況といえる。

特に第三者の責任の問題では、平成 18 年判決と平成 19 年判決により下請人・仲介者に限定的に信義則を根拠として損害賠償責任が認められ

たにとどまり、代理人や専門家といった契約交渉関与者への適用範囲の基準が明らかになっているとは言い難い⁴¹。また、損害賠償の範囲も、信頼利益なのか、または、履行利益なのか、学説上争いが続いている状況である⁴²。

一方、ドイツは、2002年のドイツ債務法現代化法により、ドイツ民法311条2項において、契約交渉開始・契約準備・法律行為類似の接触のいずれかに該当する場面で当事者間の法定債務関係を創設し（ドイツ民法242条2項の顧慮義務（保護・付随義務））、ドイツ民法311条3項で契約当事者とならない第三者にも同様の信義則上の顧慮義務を及ぼしうることを明文化しており、契約交渉段階において一定の関与と信頼形成を行った第三者に対して、ドイツ民法241条2項の顧慮義務（保護・付随義務）に基づく責任を肯定することで、信頼保護と取引安全との調和を

⁴¹ 第三者の関与が問題となった説明義務・情報提供義務に関する最高裁の判例として、金融機関Xらが、Aの委託を受けた金融機関Yから、Yをアレンジャーとするシンジケートローンへの参加の招へいを受けてこれに応じ、Xら及びYのAに対するシンジケートローンが組成・実行された場合において、この招聘に際してYからXらに交付された資料の中に、資料に含まれる情報の正確性・真実性についてYは一切の責任を負わず、招へい先金融機関で独自にAの信用力等の審査を行う必要がある旨記載されていたものがあるとしても、Aの代表者が、Yの担当者に対し、シンジケートローンの組成・実行手続の継続に係る判断を委ねる趣旨で、AのいわゆるメインバンクがAに対し外部専門業者による最新の決算書の精査を強く指示した上その旨を上記メインバンクがいわゆるエージェントとなっていたシンジケートローンの参加金融機関にも周知させたという情報を告げたなど事実関係の下では、Yは、Xらに対し、信義則上、シンジケートローン組成・実行前にこのような情報を提供する義務を負うとしたものがある（最判24・11・27集民242号1頁）。

⁴² この問題に関して、契約交渉の打ち切りにおける個別の事案で、履行利益の賠償を正当化する「特殊例外的な事情」として、(a)「機会」が重要な利益であり、(b)実際に「機会喪失」が生じ、(c)「機会」を現実の契約締結に結びつける蓋然性が高く、しかし(d)「機会喪失」を具体的に金額化するのが困難で、他方、履行利益の算定が容易である場合、判決主文において「金〇〇円」という形で具体的な金額を上げなければならない実務にあつては、推測に推測を重ねた信頼利益よりも、手近にあり、それなりに自然で落ち着いたよい履行利益を好み、そのため、履行利益の賠償がされると解釈できるとするものがある（池田清治「転貸借契約の解除条件について合意したにもかかわらず契約書への記名捺印を拒否した転借交渉者の責任の有無」私法判例リマックス60号（2020〈上〉）37頁）。

図ろうとしている⁴³。ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の判例でも、試乗中の故障事故 (BGH NJW 1986, 1051)、子を伴う来店者の転倒事故 (BGH NJW 1976, 712)、鑑定人の誤った評価の提供 (BGH NJW 2004, 3752)、自己利益を追求する代理人 (BGH NJW 1996, 586) などのケースで第三者への責任が認められている。このような明文や判例によって、実務的観点からも予測可能性と責任の分配に資する制度設計と評価できる。さらに、契約準備段階における債務関係の発生を認めることにより、契約自由の原則を維持しつつ、信義則の機能的展開を可能としている。

2. 日本への示唆

以上を踏まえると、今後のわが国の民法においては、ドイツ民法のように、信義則に基づく顧慮義務 (保護・付随義務) の枠組みを契約交渉に関与する第三者にも及ぼしつつ、契約締結上の過失における第三者の責任の体系化と明確化をより一層進めるべきである。特に、専門家や代理人など、交渉過程において実質的に契約形成に影響を与える者の責任については、特別の信頼形成行為や経済的利害関係の有無といった要素に着目した、より明確な判断枠組みの確立を考慮する必要がある。

そうすることで期待される効果として、契約交渉段階から契約当事者・第三者を問わず、信義則上の義務を明確に規律できる。これによって、不当な契約交渉の打ち切りや誤信を誘発する説明義務・情報提供義務違反の抑制、実務における予見可能性向上が期待されるのではないだ

⁴³ この点バーラーステッドやカナリスの特別な信頼の惹起を根拠する説の他に、代理理論 (シュトル (Stoll)、ヒルデブランドト (Hildebrandt) など)、履行補助者の過失理論 (ライザー (Raiser)、ミューリッヒ (Mühlich))、準契約論 (コンドゲン (Köndigen)) を紹介・分析して、説明義務・情報提供義務に関するわが国の判例を検討して、わが国の解釈としては、最終的に、ドイツ法の第三者の「固利益責任」は、契約締結上の過失による責任の隙間を埋めるための特異な制度であるが、日本法における「他人の契約に関する説明に関与した者の責任」は、説明の支配・管理可能性という普遍的基準の適用と、不法行為責任説の枠内で一貫して説明でき、これが本稿が導き出した結論の核心であるとするものがある (岡本裕樹「ドイツ法における『固有の利益を理由とする交渉代理人の契約締結上の過失責任』に関する考察」(一)(二)(三・完)(法政論集(名古屋大学)236号99頁、238号1頁、262号582頁))。

ろうか。

IV 結びに代えて

本稿では、ドイツ民法 311 条 2 項・3 項による契約締結上の過失の責任体系を分析し、契約交渉の当事者に限られない第三者への信義則上の顧慮義務（保護・付随義務）を明文化した制度を概観し、わが国の同様の問題について示唆を得ることが目的であった。内容のまとめと今後の課題は以下の通りである。

ドイツ民法 311 条 2 項は契約交渉開始・契約の準備・法律行為類似の接触によって法定債務関係が発生し、ドイツ民法 311 条 3 項は代理人・仲介者・専門家にも責任を及ぼすことで、契約交渉全体の信頼保護を図る。一方、わが国の民法は平成 29 年（2017 年）の債権法改正で原始的に不能な契約の有効性を認めたものの、契約交渉の打ち切り、説明義務・情報提供義務の立法は見送られ、判例による制度の不明確性と予見可能性の欠如が依然として未解決の状況にある。

今後は、信義則上の義務が第三者にも及ぶことを再認識し、契約締結上の過失責任の体系化と明確化を推進する必要がある。特に、専門家や代理人など実質的に交渉結果に影響を与える者については、特別な信頼形成行為や経済的利害関係などの要素を踏まえた明確な判断枠組みを整備し、予見可能性の確保を実現することが求められると考えられる。

今後の検討課題としては、①理論的枠組みの明確化として、ドイツ民法のように信義則（ドイツ民法 241 条 2 項）に基づく顧慮義務（保護・付随義務）を広く捉えるのか、わが国における信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）の適用可能性と限界を学説を踏まえどう捉えるか、②責任成立要件の精緻化：「特別の信頼」や「保証的発言」といった判断基準の導入したドイツ民法 311 条 3 項 2 文が前提とするような「契約交渉に実質的影響を及ぼした第三者」に対する責任を、どのような要件の下で認められるか、③「準当事者（Quasi-Partei）」の範囲設定：代理人、専門家、出資者などがどの範囲で第三者責任主体となりうるか、④第三者のための契約（民法 537 条）および第三者のための保護効を伴う契約（ドイツ民法 328 条）との関係：「第三者の保護」という目的は同様であっても、制度趣旨と要件が異なるため、両制度の整理とすみ分けをどうするのか⁴⁴、⑤判例の集積、分析と類型化：現状の下級審の判例の傾向、特に専門家

や代理人が関与する事案の分析し、どのように類型化するか⁴⁵、などが考えられる。

⁴⁴ ドイツでは、ドイツ民法 311 条 2 項・3 項とドイツ民法 328 条の顧慮義務（保護・付随義務）を通じて、第三者の保護について適用される条文が重複することが判例・学説上問題となっている。ドイツ民法では、「交渉段階での一方当事者の過失によって、相手方の身体・財産を侵害した場合」も改正前から契約締結上の過失の問題の一つとして理解されている。ドイツ民法 328 条の規定は、通常、契約は当事者間の権利義務を定めるものであり、第三者は直接的な権利を持たないが（契約の相対性の原則）、実際には契約の履行が第三者にも影響を及ぼし、第三者が損害を被ることがあることから、判例や法律は一定の要件で第三者も契約に準じた保護を受けられる仕組みを認めている。法的根拠は、改正前は 328 条であったが、現在ではドイツ民法 311 条 3 項、ドイツ民法 242 条（信義則）、補充的契約解釈（ドイツ民法 133 条、ドイツ民法 157 条）などとされる。ドイツ民法 328 条の要件は、①給付の近接性（Leistungsnähe）（例：賃貸物件の家族と一緒に住む人、サッカーの試合に出る選手など）、②債権者の第三者保護への利益（Interesse des Gläubigers）（例：家族関係や雇用関係など）、③債務者による認識可能性（Erkennbarkeit）④第三者の保護の必要性（Schutzbedürftigkeit）、である。効果は、第三者の債務者に対する損害賠償請求権であり、損害は身体損害および財産損害を含み、この請求は通常の契約違反と同様、ドイツ民法 280 条の規定に基づく、という内容である（Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 49. Auflage 2025, § 33. Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte, S. 474 ff.）。わが国では、完全性利益の問題として、不法行為責任ないし契約責任の問題となるが、契約責任として考えた場合、民法 537 条に関連して考える必要があろう（近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』〔第 4 版〕（成文堂、2022 年）71 頁以下で、契約と第三者効の問題の一つとして「契約の第三者保護効」として取り上げている）。

わが国で第三者のための保護効を伴う契約に関する論文としては、円谷峻「第三者の為の保護効果を伴う契約についての一考察」（一橋研究 22 号 18 頁（1972 年））、田上富信「契約の第三者に対する効力」遠藤浩・他編『現代契約法大系 第 1 巻』（有斐閣、1983 年）103 頁、久保寛展「投資家に対する格付機関の契約責任：ドイツにおける『第三者のための保護効を伴う契約』法理を基礎として」（同志社法学 62 巻 6 号 2115 頁（2011 年））などがある。

奥田教授は、契約締結上の過失と第三者のための保護効を伴う契約の関係について、請求権競合論に関する記述の中で、契約責任と不法行為責任を形式的に峻別し競合を否定する法条競合説に批判的立場をとり、両者の関係は侵害利益の性質と義務内容の比較により柔軟に判断すべきとして、契約上の義務違反が生命・身体・財産等の一般不法行為上の不可侵の利益を侵害する場合には併存を認めるべきであ

条文資料⁴⁶

旧ドイツ民法 242 条 信義誠実に適った給付

債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。

ドイツ民法 133 条 意思表示の解釈

意思表示の解釈に当たっては、真意を究明しなければならず、表現の文言上の意味に拘泥してはならない。

り、その接点として、①契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) と、②第三者のための保護効を伴う契約 (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) を重視しており、前者は契約成立前の段階の信義則上の注意義務違反に基づき、後者は契約が第三者の保護領域を拡張する場合に、契約責任と不法行為責任の調整が必要となると述べられている (奥田昌道「契約法と不法行為の接点」磯村哲・編『民法学の基礎的課題 (中)』(有斐閣、1974 年) 257～265 頁)。

⁴⁵ この問題については、説明義務・情報提供義務の下級審判例の検討が中心になると考えられる。契約交渉の打ち切りに関する主要な判例を分析して、損害賠償責任の成否を検討するものとして、山本敬三「契約交渉の破棄による損害賠償責任の成否に関する判断基準—判例の分析を手がかりにして」(潮見佳男先生追悼論文集 (財産法) 刊行委員会編『財産法学の現在と未来』(有斐閣、2024 年) 391 頁) がある。

なお、直近の下級審の判例では、契約交渉の打ち切りの事案であるが、健康診断業務に関する個別契約の成立は認められないが、健康診断業務を受託できるとの原告 X の期待は保護に値し、被告 Y には契約締結上の過失が認められ、不法行為責任として、信頼利益の損害請求が認められたもの (東京地判令 5・5・9 判時 2605 号 87 頁) と、被告 Y は、原告 X の運営するホテルを新型コロナウイルス感染症の軽症者などの受入施設として借り上げるため、X と賃貸借契約締結に向けて交渉したが、最終的に賃貸借契約を締結しなかったことが、X が、Y には X にホテルの賃貸借契約の締結が確実であると誤信させた契約締結上の過失があり、不法行為責任として、相当因果関係の範囲での損害賠償を認めたものがある (岡山地判令 7・1・28 判例秘書登載)。

⁴⁶ 1900 年に施行され、2002 年のドイツ債務法現代化法によって改正される前のドイツ民法典 (以下、「旧ドイツ民法」という) の条文の和訳については、椿寿夫・右近健男 [編]『ドイツ債権法総論』(日本評論社、2008 年 (オンデマンド版) (初版は 1988 年))、右近健男 [編]『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995 年)、現行のドイツ民法典の条文の和訳については、山口和人『ドイツ民法 I (総則)』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2014 年)、同『ドイツ民法 II (債務関係法)』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年) に依拠した。

ドイツ民法 157 条 契約の解釈

契約は、取引慣行に配慮した誠実及び信義が要請するところに従い、解釈しなければならない。

ドイツ民法 164 条 代理人の意思表示の効力

(1) ある者が、自己に属する代理権 [Vertretungsmacht] の範囲内において本人の名において行った意思表示は、直接本人のため及び本人に対して効力を生じる。その意思表示が明示的に本人の名において行われたものか、諸事情から本人の名において行われるべきことが明らかになったかを問わない。

(2) 他人の名において行為する意思が認識できないときは、自己の名において行為する意思がなかったことは考慮しない。

(3) 第 1 項の規定は、他人に対する意思表示が、その者の代理人に対して行われた場合に準用する。

ドイツ民法 179 条 無権代理人の責任

(1) 代理人として契約を締結した者は、本人が契約の追認を拒絶したときは、その代理権を証明することができない限り、相手方の選択に従い、契約の履行又は損害賠償の義務を負う。

(2) 代理人が自己に代理権がないことを知らなかったときは、相手方が代理権を信頼したことによって被った損害を賠償する責任のみを負うが、その額は、相手方が契約の有効性に関して有する利益の額を超えるものではない。

(3) 代理人は、相手方が代理権がないことを知っていたか、又は知りうべきであったときは、責任を負わない。代理人は、行為能力を制限されている場合においても、法定代理人の同意を得て取引を行ったときを除き、責任を負わない。

ドイツ民法 241 条 債務関係から生じる義務

(1) 債務関係の効力により、債権者は、債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる。

(2) 債務関係は、その内容により、他方の当事者の権利、法益及び利益を顧慮することを、いずれの当事者にも義務付けることができる。

ドイツ民法 242 条 誠実及び信義に従った給付

債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義 [Treu und Glauben] が要請するところに従って給付を行う義務を負う。

ドイツ民法 249 条 損害補填の方式及び範囲

(1) 損害補填の義務を負う者は、補填を義務付ける事情が生じなかったとすれば存在したであろう状態を回復 [herstellen] しなければならない。

(2) 人の傷害又は物の損壊により損害補填をしなければならないときは、債権者は、状態の回復に代えて、そのために必要な金額を求めることができる。物の損壊の場合には、前文の規定により必要な金額には、付加価値税が事実上課税される場合に、課税される範囲で、付加価値税を含む。

ドイツ民法 250 条 期間設定後の金銭による損害賠償

債権者は、状態回復のための損害補填義務を負う者に対して、相当の期間を定めて、状態の回復を期間経過後は拒絶する旨の意思表示を行うことができる。債権者は、状態の回復が適時に行われなときは、期間経過後に、金銭による損害賠償を求めることができ、その場合には、状態の回復に対する請求権は、排除される。

ドイツ民法 251 条 期間設定のない金銭による損害賠償

(1) 状態の回復が不可能又は債権者の損害補填に不十分である限りにおいて、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償しなければならない。

(2) 状態の回復が不相応な費用をもってしか可能でないときは、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償することができる。負傷した動物の治療から生じる費用は、それが動物の価値を著しく超えるときであっても不相応とはいえない。

ドイツ民法 252 条 逸失利益

賠償すべき損害には、逸失した利益も含む。逸失した利益とは、通常の事態の進行又は特別の事情、特に講じられた準備及び対策によれば、蓋然性をもって期待することができるであろう利益をいう。

第 253 条 非物質的損害

(1) 財産的損害でない損害を理由としては、金銭による賠償は、法律により定められた場合にのみ請求することができる。

(2) 身体、健康、自由又は性的自己決定の侵害を理由として損害賠償が行われるときは、財産的損害でない損害を理由としても、適正な金銭賠償を請求することができる。

ドイツ民法 254 条 共同の故意・過失 [Mitverschulden]

(1) 損害の発生に被害者の故意・過失 [Verschulden] が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。

(2) 被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である。第 278 条の規定をこの項に準用する。

ドイツ民法 276 条 債務者の責任

(1) 債務者は、故意 [Vorsatz] 及び過失 [Fahrlässigkeit] より厳格な、又はより緩やかな責任が定められていない場合であって、かつ、それらの責任が、債務関係のその他の内容、特に、保証の引受又は調達の危険の引受からも導き出すことができないときは、故意及び過失について責任を負わなければならない。第 827 条及び第 828 条の規定を、この項に準用する。

(2) 取引において必要な注意を怠った者は、過失により行為したものととする。

(3) 故意による責任は、債務者に対して事前に免じることはできない。

ドイツ民法 278 条 第三者に対する債務者の責任

債務者は、自己の法定代理人及び自己の義務の履行のため使用した者の故意・過失について、自己の故意・過失と同じ範囲で責任を負う。この場合において、第 276 条第 3 項の規定は、適用しない。

ドイツ民法 280 条 義務違反による損害賠償

(1) 債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。

(2) 債権者は、給付の遅延による損害賠償を、第 286 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。

(3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を、第 281 条、第 282 条又は第 283 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。

ドイツ民法 311a 条 契約締結の際の給付障害

(1) 債務者が、第 275 条第 1 項から第 3 項までの規定により、給付を行うことを要しないこと又は給付障害が契約締結時に既に存在することは、契約の効力を妨げるものではない。

(2) 債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償又は第 284 条に規定する範囲で、自己が支出した費用の賠償を請求することができる。債務者が、契約締結の際に給付障害を知らず、かつ、その不知について責めを負うべきものでもないときは、この限りでない。第 281 条第 1 項第 2 文及び第 3 文並びに同条第 5 項の規定は、この場合に準用する。

ドイツ民法 328 条 第三者のためにする契約

(1) 契約により、第三者が給付を請求する権利を直接取得する効力を伴う、第三者に対する給付を約定することができる。

(2) 特別の定めが存在しないときは、諸事情、特に契約の目的から、第三者が権利を取得するか否か、第三者の権利が直ちに又は一定の要件の下でのみ生じるか否か及び第三者の権利をその同意なく消滅させ又は変更する権限が契約締結者に留保されるべきか否かを推知しなければならない。

ドイツ民法 823 条 損害賠償義務

(1) 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。当該法律の内容上、これに対する違反が故意・過失がなくても可能な場合には、損害賠償義務は、故意・過失のあるときにのみ発生する。

ドイツ民法 826 条 良俗に反する故意の加害

善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

ドイツ民法 831 条 履行補助者に関する責任

(1) 他人を履行のため使用した者は、その他人が履行を実施する際に第三者に対して違法に与えた損害を賠償する義務を負う。営業主が、使用した人物の選択に当たり、かつ、営業主が、設備若しくは機器の製作をしなければならない場合又は履行の実施を指揮しなければならない場合において、製作又は指揮に当たり、取引上必要な注意を遵守したか、又はこの注意を払ったとしても損害が発生したであろうと思料されると

きは、損害賠償義務は生じない。

(2) 営業主のために、前項第2文に規定する業務の処理を契約により引き受けた者も、同様の責任を負う。

ドイツ商法 323 条 監査人の責任

(1) 監査人、その補助者および監査法人における監査業務に従事する法定代理人は、誠実かつ中立的な監査を実施し、秘密保持義務を負う。法定の開示義務は、この規定により影響を受けない。彼らは、業務遂行中に知り得た営業秘密または企業秘密を、無断で利用してはならない。故意または過失によりその義務に違反した者は、資本金会社に対し、また関連会社が損害を被った場合は当該関連会社に対しても、その損害を賠償する義務を負う。複数の者は連帯して責任を負う。

(2) 第1項第1文に規定する者の監査に関する損害賠償責任は、第2項から第4項の規定を条件として、以下のとおり制限される：

1. 第316a条第2項第1号に規定する公共の利益に関わる企業である資本金会社の場合：1600万ユーロ、
2. 第316a条第2項第2号または第3号に該当する公共の利益に関わる企業であるが、第316a条第2項第1号に該当しない株式会社の場合：400万ユーロ、
3. 第1号および第2号に該当しない株式会社の場合：150万ユーロ。

故意に行為を行った者および第1項第1号に該当する資本金会社の監査人（重大な過失を犯した者）には、この規定は適用されない。第1項第2号に該当する資本金会社の監査人の賠償責任は、第1項第2号の規定にかかわらず、1回の監査につき3200万ユーロに限定される。第1項第3号に定める資本金会社の監査人が重大な過失を犯した場合の損害賠償責任は、第1項第3号の規定にかかわらず、1回の監査につき1200万ユーロに限定される。第1項、第3項及び第4項の責任限度額は、監査に複数の者が関与した場合、または複数の賠償義務を生じさせる行為が行われた場合にも適用され、他の関与者が故意または重大な過失により行為を行ったかどうかは問わない。

(3) 監査法人が監査人である場合、監査法人の監査役会および監査役会メンバーに対しても、秘密保持義務が適用される。

(4) 本規定に基づく賠償責任は、契約により排除または制限することはできない。

(5) EU 規則 (537/2014) 第 7 条第 2 項に基づく通知は、連邦金融監督庁宛てに提出され、犯罪または行政違反の疑いがある場合は、それぞれ管轄する捜査当局にも提出される。

* 本稿は、第 325 回国際取引法研究会（円谷峻・内田勝一 設立）（2025 年 6 月 28 日開催）の報告を踏まえて執筆されたものである。当日は参加者より、多くの有益なご意見やご指摘をいただいた。この場を借りてお礼申し上げる。

Überlegungen zur Haftung Dritter aufgrund von culpa in contrahendo in Deutschland

Tetsuhiro OHTAKI

In diesem Aufsatz wurde das System der Haftung für Fehler bei Vertragsabschlüssen gemäß § 311 Abs. 2 und 3 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches analysiert und ein Überblick über das System gegeben, das die Pflicht zur Rücksichtnahme (Schutz- und Nebenpflicht) gegenüber Dritten, die nicht an den Vertragsverhandlungen beteiligt sind, ausdrücklich festlegt. Ziel war es, Anregungen für ähnliche Probleme in Japan zu gewinnen. Die Zusammenfassung des Inhalts und die künftigen Aufgaben sind wie folgt.

§ 311 Abs. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sieht vor, dass durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die Vorbereitung eines Vertrags und rechtsgeschäftähnliche Kontakte ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, während § 311 Abs. 3 BGB die Haftung auch auf Vertreter, Vermittler und Sachverständige ausdehnt, um den Vertrauensschutz während der gesamten Vertragsverhandlungen zu gewährleisten. Auf der anderen Seite hat das japanische Zivilrecht zwar mit der Reform des Schuldrechts im Jahr 2017 die Gültigkeit von anfangs unmöglichen Verträgen anerkannt, jedoch wurden die Gesetzgebung zur Beendigung von Vertragsverhandlungen sowie zur Erklärungs- und Informationspflicht zurückgestellt, sodass die Unklarheit des Systems aufgrund von Präzedenzfällen und der Mangel an Vorhersehbarkeit nach wie vor ungelöst sind.

In Zukunft sollte erneut anerkannt werden, dass die Verpflichtung zur Treu und Glauben auch für Dritte gilt, und es sollte eine Systematisierung und Klarstellung der Haftung für Fehler bei Vertragsabschlüssen vorangetrieben werden. Insbesondere für Personen wie Experten und Vertreter, die einen wesentlichen Einfluss auf das Verhandlungsergebnis haben, ist es erforderlich, einen klaren Entscheidungsrahmen zu schaffen, der Faktoren wie besondere Vertrauensbildung und wirtschaftliche Interessen berücksichtigt, um die Vorhersehbarkeit zu gewährleisten.

